

Richter am OLG Professor Dr. Ingo Koller, Regensburg

Die Abgrenzung zwischen Speditions- und Frachtverträgen*

Die Idealtypen der Spedition und des Frachtgeschäftes unterscheiden sich nach HGB dadurch, daß der Spediteur auf fremde Rechnung den Transport organisiert, der Frachtführer auf eigene Rechnung den Beförderungserfolg bewirkt. Die derzeit gängigen Abgrenzungskriterien berücksichtigen nicht hinreichend, daß heute Unternehmen des Transportgewerbes in der Regel auf eigene Rechnung tätig werden und daß der Spediteur in der heutigen Umgangssprache wie nach ADSp (auch) transportiert. Die Abgrenzung ist daher vielfach zum Lotteriespiel geworden.

I. Der Begriff des Spediteurs

Gem. § 407 I HGB ist Spediteur, wer gewerbsmäßig auf fremde Rechnung den Transport von Gütern durch Dritte, sei es Frachtführer oder Verfrachter, organisiert. Das HGB

* Herrn Richter am OLG Dr. Eberhard Hatzelmann danke ich für seine hilfreiche Kritik und seine nützlichen Anregungen.

geht mithin vom Leitbild des Kommissionärs (§ 383 HGB) aus und überträgt dieses Leitbild auf den Transportbereich.

Dieses Leitbild hatte schon beim Entwurf des HGB nur beschränkt Ähnlichkeit mit der Realität¹. Heute kann man sagen, daß Geschäftsbesorgungsspeditionen, bei denen der „Spediteur“ den Auftrag durch einen Vertrag mit Dritten auf Rechnung des Versenders ausführt und bei dem er nur an der Provision verdient, kaum jemals vorkommen. Das Feld wird vom Handeln auf eigene Rechnung beherrscht². Ob dies darauf zurückzuführen ist, daß die Kunden ihre Transportkosten von vornherein exakt kalkulieren wollen oder daß die „Spediteure“ die mit dem Handeln auf eigene Rechnung verbundenen Gewinnchancen zu schätzen wissen, ist wohl nicht aufzuklären. Jedenfalls wird ein wesentlicher Teil der Speditionsverträge als Fixkostenverträge (§ 413 I HGB) abgeschlossen, denen zufolge der „Spediteur“ auf eigene Rechnung handeln darf und muß³. Gem. § 413 I HGB ist er dann wie ein Frachtführer zu behandeln. Gleiches gilt im wesentlichen dort, wo Güter von geringerem Gewicht und Ausmaß befördert werden sollen. In diesen Fällen wird der „Spediteur“ auf eigene Rechnung einen Sammeltransport organisieren (§ 413 II HGB). Schließlich ist zu beachten, daß der „Spediteur“ in Fällen, in denen weder ein Fixkostenauftrag erteilt wurde noch der Auftrag durch Sammelversendung erledigt werden kann, den Auftrag des Versenders typischerweise durch Selbsteintritt erledigen wird (§ 412 HGB). Auch hier wird also das fremdnützige Geschäftsbesorgungsverhältnis partiell in ein eigennütziges Frachtverhältnis umgestaltet.

Aus der Sicht der Kunden hat dies zur Folge, daß „Spediteure“ in der Regel nicht fremdnützig agieren. Die Kunden erhalten Rechnungen über den Transport ohne irgendwelche Rechnungslegung über Kosten; sie sehen, wie die „Spediteure“ das Gut selbst oder durch Dritte befördern. Da in unserer Wirtschaft Subunternehmer eine gängige Erscheinung sind, liegt aus der Sicht des Kunden die Annahme nahe, daß der „Spediteur“ im Einklang mit seinen vertraglich begründeten Pflichten das Gut transportiert hat oder durch Subunternehmen transportieren ließ. Für den mit dem Transportrecht nicht vertrauten Kunden drängt sich somit die Annahme auf, daß der „Spediteur“ transportiert und nicht bloß den Transport organisiert⁴.

Die verbreitete Erwartung potentieller Auftraggeber, daß der Spediteur selbst transportiert, wird durch die Selbstdarstellung der Spediteure gefördert. Dies zeigt schon ein Blick auf die Geschäftsbezeichnungen der Lkw auf den Autobahnen, die vielfach die Aufschrift „Spedition ...“ tragen. Das Speditionsgewerbe versteht sich auch selbst keineswegs als Gewerbetreibende i. S. des § 407 HGB oder auch nur als Gewerbetreibende, die im Schwerpunkt Spedition i. S. des § 407 HGB betreiben. Dies zeigt ein Blick in die ADSP, die die maßgeblichen allgemeinen Geschäftsbedingungen der „Spediteure“ darstellen. In § 2a ADSP werden als typische Tätigkeiten des „Speditors“ abweichend von den §§ 407, 412, 413 HGB, auch die Fracht-, Lager-, Kommissions- oder sonstige mit dem Speditionsgewerbe zusammenhängende Geschäfte genannt. Von der Selbstdarstellung in § 2a ADSP her betreibt das Speditionsgewerbe mithin ein Konglomerat von Geschäftsbesorgung (Spedition im Sinne des HGB, Kommission), Transport, Lagerung und verwandte Geschäfte. Da der Begriff der Spedition i. S. des § 407 HGB anscheinend selbst unter Spediteuren nach dem 1. Weltkrieg nicht mehr gebräuchlich ist⁵ und nicht deren Selbstverständnis prägt, muß man davon ausgehen, daß erst recht das Publikum, das mit transportrechtlichen Fragen nicht vertraut ist, über eine weitgehend verschwommene Vorstellung von Spedition verfügt. Dem ist bei der Abgrenzung von Speditions- und Frachtverträgen Rechnung zu tragen. Dabei hat man auch zu berücksichtigen,

daß vielfach der in der realen Transportabwicklung nicht sichtbare Unterschied zwischen dem Versprechen der Organisation des Transports und dem Versprechen der Herbeiführung des Transporterfolges unbekannt sein dürfte. Man muß hier nur an einen Privatmann denken, der einer „Möbelspedition“ den Auftrag erteilt, die Beförderung von Möbeln von München nach Hamburg oder nach Wien zu erledigen. Dies gilt aber auch für Kaufleute, die vielfach über den Unterschied zwischen Geschäftsbesorgung und Werkvertrag nur vage Vorstellungen haben werden⁶.

II. Kritische Analyse der Rechtsprechung

1. Auslegungsmaximen

Basedow vertritt in seiner Habilitationsschrift „Der Transportvertrag“⁷ zutreffend die Auffassung, daß nach den de lege lata geltenden Auslegungsvorschriften (§§ 133, 157 BGB) die Unterscheidung zwischen Spedition i. S. des § 407 HGB und dem Frachtvertrag ausschließlich nach dem Haftungswillen der Parteien getroffen werden könne. Maßgeblich sei, ob im Einzelfall eine Verpflichtung zum Transporterfolg oder zur bloßen Organisation des Transportes gewollt sei. Da nahezu in jedem Rechtsstreit behauptet wird, daß sich der subjektive Wille der Parteien nicht gedeckt habe, daß vielmehr der Auftraggeber Transport und der Auftragnehmer Organisation des Transportes gewollt habe, ist anhand der allgemeinen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) festzustellen, ob der Auftraggeber (Versender/Absender) objektiv die Herbeiführung des Beförderungserfolges oder die bloße Organisation gewollt hat und ob der Auftragnehmer damit einverstanden gewesen ist. Dabei ist primär zu ermitteln, wie der Auftragnehmer (Spediteur/Frachtführer im Sinne des HGB) die Erklärung des Auftraggebers von seinem Horizont aus verstehen durfte. Es ist also der Grundsatz zu beachten, daß die Erklärungen *objektiv*, d. h. normativ nach Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte (§ 157 BGB), und nicht nach dem realen inneren Willen des Erklärenden auszulegen sind. Gleiches gilt, wenn der Auftragnehmer zuerst das Angebot gemacht hat. Vor diesem Hintergrund soll die Rechtsprechung auf ihre Tragfähigkeit hin untersucht werden.

2. Analyse

a) *Wille der Parteien.* Das OLG Hamburg⁸ hat vor kurzem die Annahme, daß kein Frachtvertrag geschlossen worden war, auf die Vernehmung einer Angestellten einer Spedition als Zeugin gestützt. Diese hatte ausgesagt, daß sie subjektiv keinen Frachtvertrag schließen wollte. Diese Aussage ist jedoch unerheblich, weil es ausschließlich auf den erkennbaren Willen ankommt⁹. Wenn ein bestimmter Wille vom Empfängerhorizont aus nicht erkennbar geworden ist, so bleibt, von

1) Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Denkschrift zum Entwurf eines HGB, Bd. 6, S. 391: es wurde vorgeschlagen, den Spediteur als Frachtführer anzusehen. Vgl. auch Lutz, Protokolle der Kommission zur Berathung eines ADHGB, 1858, S. 1222ff., 778f.

2) Bischof, in: Der Spediteur als Frachtführer, Schriftenreihe der Deutschen Verkehrswissenschaftlichen Gesellschaft, 1979, S. 70; Schmid-Lossberg, in: Der Spediteur als Frachtführer, aaO, S. 75; v. Tegelen, in: Der Spediteur als Frachtführer, aaO, S. 79; Basedow, Der Transportvertrag, 1987, S. 44.

3) Vgl. o. Fußn. 2.

4) Braun, in: Der Spediteur als Frachtführer (o. Fußn. 2) schlägt vor, § 407 HGB dahin abzuändern, daß der Spediteur immer auf eigene Rechnung handelt.

5) v. Tegelen (o. Fußn. 2), S. 80.

6) v. Tegelen aaO.

7) Basedow (o. Fußn. 2), S. 44.

8) OLG Hamburg, TranspR 1987, 379.

9) BGH, VersR 1981, 526 (527).

dem Fall des zufällig übereinstimmenden inneren Willens abgesehen, der innere Wille unbeachtlich.

b) *Wortlaut des Auftrages*. Verschiedentlich wird anhand der bei Auftragserteilung verwandten Worte „beauftragen“ oder „sorgen“ entschieden, ob objektiv eine Spedition oder ein Frachtvertrag gewollt ist. So liegt nach Auffassung des BGH¹⁰ ein Frachtvertrag vor, wenn ein Unternehmer mit dem „Transport“ von Maschinen „beauftragt“ wird. Der Transport sei nach dem üblichen Sprachgebrauch die Leistung des Frachtführers, nicht des Spediteurs. Entscheidend kommt es jedoch darauf an, ob der Auftragnehmer den Transport bloß organisieren oder für den Transporterfolg eintreten sollte. Der Begriff „beauftragen“ läßt nicht erkennen, welche der beiden Varianten gewollt ist, da die Umgangssprache das Wort „beauftragen“ sowohl bei typischen Werkverträgen (Autoreparatur) als auch bei Dienst- und Geschäftsbesorgungsverträgen (Rechtsanwaltsvertrag), verwendet. Genauso mehrdeutig ist das Wort „sorgen“¹¹. Anders könnte es sein, wenn sich in bestimmten Verkehrskreisen eine einheitliche, von der Zustimmung der beteiligten Personen getragene Auffassung über die Bedeutung bestimmter Begriffe herauskristallisiert haben sollte. Dies ist im Hinblick auf die Worte „sorgen“, „beauftragen“, sehr unwahrscheinlich¹². Jedenfalls darf eine solche Verkehrsbedeutung, wenn sie im Prozeß bestritten wird, nicht ohne Umfragen bejaht werden. Gleiches gilt im Prinzip für die Verwendung des Begriffs „Bordero“ („Borderau“)¹³. In den Kreisen von Spediteuren und Frachtführern mag dies klar auf eine Spediteurrolle i. S. des § 407 HGB hindeuten, obwohl auch insoweit sichere empirische Anhaltspunkte fehlen. Für die übrigen Verlader wird man jedoch kaum behaupten können, daß ihnen die Bedeutung des Borderausstellung bekannt sei oder sein müsse. Sollte man eine Umfrage durchführen, so müßte sichergestellt sein, daß bei Umfragen Irrtümer wegen der Doppeldeutigkeit des Spediteur-Begriffs vermieden werden.

Dagegen kann man die Ausstellung eines Frachtbriefs durch den Verlader als Indiz für einen Frachtvertrag ansehen¹⁴, nicht jedoch ohne weiteres den Umstand, daß der Verlader keinen Frachtbrief ausgestellt hatte¹⁵. Die Nichtausstellung eines Frachtbriefs ist nach Treu und Glauben nur dann von Bedeutung, wenn der Auftragnehmer (Spediteur/Frachtführer) davon ausgehen konnte, daß dem Verlader die genaue Bedeutung des Frachtbriefs bekannt sein mußte. Dies kann man nur bei Verladern aus den Kreisen des Speditions- und Frachtführergewerbes und bei Großverladern bejahen. Im Hinblick auf andere Verlader ist vom „Spediteur“ zu erwarten, daß ihm die Unkenntnis weiter Kreise der Verlader über den feinen Unterschied zwischen Spedition und Transportvertrag bekannt ist¹⁶ und daß er deshalb seine Kunden aufklärt oder jedenfalls Formulare vorlegt, aus denen auch kleinere Verlader die Bedeutung des Unterschieds zwischen Speditions- und Transportvertrag erkennen können.

Solange das Speditionsgewerbe auf diese Klarstellung der Vertragsgrundlage nicht bedacht ist, kann außerhalb der Kreise des Transportgewerbes und der typischerweise informierten Verlader sogar der Auftrag zur Sammelversendung nicht als Speditionsauftrag i. S. des § 407 HGB gedeutet werden¹⁷. Da der Kunde bei der Sammelversendung keine Abrechnung über die vom Spediteur gegenüber Dritten getätigten Aufwendungen (§ 670 BGB) erhält, dürften nicht unerhebliche Teile der Verlader eher davon ausgehen, daß das Versprechen der Sammelversendung durch den Auftragnehmer unmittelbar ein subjektives Versprechen des Transporterfolges enthält. Sicherheit in die eine oder andere Richtung können nur sorgfältig formulierte Umfragen bringen.

Entgegen einer vielfach geäußerten Auffassung¹⁸ ist die Bezugnahme auf die ADSP ohne Aussagekraft¹⁹; denn – worauf einleitend²⁰ hingewiesen wurde – das Speditionsgewerbe i. S.

der ADSP betreibt sowohl Speditionsgeschäfte i. S. der §§ 407 ff. HGB als auch Frachtgeschäfte.

c) *Art des Auftrages*. In unserer Wirtschaft stellt die Erledigung von Werkverträgen mit Hilfe von Subunternehmen keine Seltenheit dar. Man denke nur an die Bauwirtschaft, den Anlagenbau, die Werbewirtschaft oder an Lackierarbeiten bei Autoreparaturen. Deshalb kann aus dem Umstand, daß der Auftragnehmer über keine eigenen Fahrzeuge verfügt, auch nicht geschlossen werden, daß dieser nur die Organisation des Transports versprechen wollte²¹. Die in der Rechtsprechung verbreitete gegenteilige Ansicht²² übernimmt den Standpunkt der Auftragnehmer, ohne die typische Erwartung der Verlader empirisch zu ermitteln. Nur wenn Verlader typischerweise davon ausgehen würden, daß Auftragnehmer ohne eigene Fahrzeuge Verträge i. S. des § 407 HGB abschließen wollen, könnte man dem einzelnen Verlader entgegenhalten, er müsse bei einem Vertrag mit einem Auftragnehmer, der ersichtlich keine eigenen Fahrzeuge besitzt, klarstellen, daß ein Frachtvertrag gewollt sei. Sicherlich ist auch die Verkehrserwartung der Verlader, daß es für die Qualifikation des Auftrags auf den Besitz von Transportmitteln nicht ankommt, nicht allein maßgeblich. Es kommt auch darauf an, ob die Verlader annehmen durften, daß die Auftragnehmer trotz fehlenden Besitzes an Transportmitteln einen Auftrag zum Transport als Transportauftrag im Sinne des Frachtrechts verstehen würden. Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu beachten, daß die „Spediteure“ als auf Transporte spezialisierte Unternehmen mit falschen Erwartungen ihrer Kunden rechnen müssen und diese zurechtrücken können, wenn sie Speditionsverträge im Sinne des HGB abschließen wollen.

Dagegen spricht für einen Speditionsauftrag i. S. des § 407 HGB grundsätzlich, daß der Auftrag auf Güter bezogen ist, die geringes Gewicht und geringen Umfang besitzen²³. Für diese Auslegung kann zwar nicht ins Feld geführt werden, daß der Verkehr bei derartigen Transporten eine Spediteurtätigkeit i. S. des § 407 HGB erwarte. Eine derartige allgemeine Verkehrsauffassung dürfte kaum nachweisbar sein. Vielmehr dürfte eine sorgfältig formulierte Umfrage ergeben, daß der Verkehr verbreitet nicht zwischen bloßer Organisation und

10) BGH, VersR 1981, 526 (527).

11) Schmid-Losberg (o. Fußn. 2) S. 74; OLG Hamburg, TranspR 1981, 94.

12) So auch Schmid-Losberg (o. Fußn. 2), S. 74.

13) Vgl. hierzu BGH, VersR 1984, 378 (379); 1985, 157 (158); Staub-Helm, Großkomm. z. HGB, 4. Aufl., §§ 412, 413 Rdnrn. 64 f. m. Nachw.

14) BGH, VersR 1971, 755; BGHZ 84, 101 (104) = NJW 1983, 516; OLG Düsseldorf, TranspR 1986, 185.

15) Züchner, VersR 1965, 330 (331); a. A. Willenberg, KVO, 3. Aufl. (1980), § 1 Rdnr. 47.

16) Vom Tatsächlichen her zurückhaltend v. Tegelen (o. Fußn. 2), S. 80. Maßgeblich ist hier ein normativer Ansatz, bei dem der Umstand entscheidend ins Gewicht fällt, daß Spediteure und Frachtführer Fachleute für Transportfragen sind und aus dieser Rolle heraus typischerweise über Informationsvorsprünge verfügen.

17) A. A. BGHZ 87, 4 (5) = NJW 1984, 125; BGH, VersR 1983, 551; OLG Koblenz, VersR 1983, 1073; OLG Hamburg, VersR 1984, 57; Sieg, VersR 1965, 304.

18) OLG Düsseldorf, TranspR 1986, 165; 1986, 296 (297); OLG Stuttgart, VersR 1972, 532; TranspR 1975, 729 (730); 1978, 70; OLG München, VersR 1979, 713 (714); OLG Hamburg, VersR 1984, 57; TranspR 1981, 94; 1982, 75; 1984, 178 (179); 1984, 153; Staub-Helm (o. Fußn. 13), Rdnr. 67 m. w. Nachw.

19) BGH, VersR 1981, 526.

20) O. bei Fußn. 4.

21) BGH, VersR 1982, 235 (236); Staub-Helm (o. Fußn. 13), Rdnr. 71.

22) OLG Düsseldorf, TranspR 1986, 296 (297); OLG Hamburg, VersR 1984, 57.

23) BGH, VersR 1983, 551; OLG Stuttgart, VersR 1982, 90; OLG Düsseldorf, TranspR 1986, 165; OLG Hamburg, TranspR 1982, 75; 1984, 153; KG, TranspR 1983, 22.

Transporterfolg differenziert²⁴. Wenn man in diesen Fällen gleichwohl einen „Speditionsvertrag“ annehmen sollte, so deshalb, weil die Vertragsabwicklung in der Form der Sammelversendung als Variante des Speditionsvertrages (§ 413 II HGB) für den Kunden von den Preisen her typischerweise günstiger ist. Man hat nämlich gem. § 157 BGB („Treu und Glauben“) den Grundsatz anzuwenden, daß der Auftragnehmer im Zweifel davon ausgehen muß, daß der Auftraggeber (Versender/Absender) die für ihn günstigere Vertragsvariante will.

d) *Äußeres Erscheinungsbild*. Vielfach wird der Umstand, daß der Auftragnehmer die Geschäftsbezeichnung „Spedition“ führt, als entscheidungserheblich angesehen²⁵. Dabei wird nicht berücksichtigt, daß die Existenz von Mischbetrieben²⁶ sowie die Tatsache, daß die Spediteure auf eigene Rechnung handeln²⁷, in weiten Verladerkreisen dazu geführt hat, daß der Begriff der Spedition nur noch mit dem realen Transport des Gutes in Verbindung gebracht wird. Das erkennt auch § 2a ADSP an, wenn als typische Aufgabe des Speditionsgewerbes sowohl die Organisation als auch die Durchführung des Transportes genannt wird. Hinzu kommt, daß, worauf Basedow²⁸ hinweist, in der neueren Vertragspraxis immer mehr „Gesamttransporte“ nachgefragt und in Gesamtverantwortung des Auftragnehmers übernommen werden. Allenfalls in Kreisen des Transportgewerbes mag die Geschäftsbezeichnung „Spedition“ noch als Indiz dafür gelten, daß der Spediteur den Transport nur organisieren will, weil diese Kreise wissen, daß mit der Spediteur-Rolle i. S. der §§ 407, 412 ff. HGB mannigfache Vorteile verbunden sind²⁹.

e) *Bisherige Geschäftsbeziehungen*. Manchmal wird auf die bisherigen Geschäftsbeziehungen abgestellt³⁰. Wurden in der Vergangenheit überwiegend Speditionsaufträge erteilt, so soll auch ein weiterer Auftrag im Zweifel als Speditionsauftrag zu deuten sein. Dieser Ansatz stößt schon deshalb auf Bedenken, weil man für die Vergangenheit wohl kaum ermitteln kann, ob wirklich erkennbar Speditionsaufträge i. S. der §§ 407 ff. HGB gewollt waren. Selbst wenn dies nachgewiesen werden könnte, so kann der Spediteur kaum erwarten, daß der Kunde auf Dauer auf der gleichen Schiene weiterfährt. Er muß damit rechnen, daß sich die Bedürfnisse des Kunden gewandelt haben. Erst recht gilt dies, wenn in der Vergangenheit auch Transportverträge geschlossen worden sind, da der Spediteur dann nie weiß, welche Alternative der Kunde nun wählen wird. Der Spediteur muß vielmehr annehmen, daß sich der Kunde von Fall zu Fall entscheiden will.

f) *Abwicklung des Auftrages*. Als Indiz für einen Speditionsvertrag i. S. des § 407 HGB wird schließlich die Ausstellung eines Speditionsübergabescheins genannt³¹. Sofern dieser nach Vertragsschluß ausgestellt wird, ist er als Indiz unbeachtlich, da nicht anzunehmen ist, daß die Parteien den Vertrag ändern wollten. Wurde er bei Vertragsschluß ausgestellt, so gilt das oben zur Mehrdeutigkeit des Spediteurbegriffs Gesagte.

g) *Zwischenergebnis*. Es hat sich gezeigt, daß der innere, subjektive Wille der Parteien schon deshalb vielfach ohne Bedeutung ist, weil viele Kunden nicht mit der Unterscheidung zwischen Organisation des Transports und Herbeiführung des Beförderungserfolges rechnen und daher in diese Richtung keinen subjektiven Geschäftswillen entwickeln. Freilich kommt es auf den inneren Willen auch nicht so sehr an; denn maßgeblich ist der erklärte Wille aus der Sicht eines verständigen Empfängers. Bei Ermittlung des erklärten objektiven Willens darf man nicht unberücksichtigt lassen, daß das Speditionsgewerbe nach seinem eigenen Selbstverständnis und seinem Geschäftsgebaren gleichermaßen die Organisation als auch die Durchführung von Transporten umfaßt (§ 2a ADSP). Umgekehrt hat das Frachtführergewerbe in weitem Umfang ehemals rein speditionelle Tätigkeiten übernommen. Die These Basedows³², daß in vielen Fällen die Zahl der verlässlichen objektiven Indizien zu gering sei, um Rückschlüsse auf den Parteiwillen zu erlauben, und daß deshalb die Vertragsqualifikation

zum Vabanquespiel geworden sei, erscheint somit als recht plausibel. Man darf bei dieser Feststellung jedoch nicht resignierend stehen bleiben. Vielmehr schreibt das BGB vor, einen ausreichenden Konsens der Parteien festzustellen, und wenn dies nicht möglich ist, Dissens anzunehmen. Haben sich die Parteien nicht geeinigt, ob sie einen Speditions- oder einen Frachtvertrag wollen, so liegt Dissens vor. Es gilt dasselbe, wie in den Fällen, in denen sich die Parteien zwar über die Übertragung einer Sache, nicht jedoch über die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Übertragung geeinigt haben und in denen selbstverständlich Dissens bejaht wird. Es liegt auf der Hand, daß die Annahme eines Dissenses erst dann gerechtfertigt ist, wenn alle Auslegungsmittel erschöpft sind.

III. Die Auslegung gem. § 157 BGB

Gem. § 157 BGB sind Verträge und nach allgemeiner Ansicht auch die zugrundeliegenden Willenserklärungen nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte auszulegen. Der „Spediteur“ hat also Aufträge seiner Kunden so zu verstehen, wie er sie nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte auffassen darf.

1. Verkehrssitte

Soweit ersichtlich wurden bislang Verkehrssitten in Hinblick auf die Bedeutung von Aufträgen zur Erledigung eines Transportes nicht ermittelt. Es erscheint auch als recht fraglich, ob derartige Verkehrssitten im Sinn einer einheitlichen, von der Zustimmung aller beteiligten Kreise getragenen Auffassung existieren. Am ehesten kann man sich derartige Verkehrssitten innerhalb des Transportgewerbes vorstellen. Dort dürfte nämlich bekannt sein, daß die Auftragnehmer vorzugsweise die Rolle eines Spediteurs i. S. des HGB übernehmen, weil ihnen diese Rolle mehr Vertragsfreiheit, insbesondere die Möglichkeit der Freizeichnung im Rahmen des § 1 V KVO verschafft. In Kreisen des Transportgewerbes kann sich deshalb die Sitte entwickelt haben, daß im Zweifel Speditionsverträge i. S. der §§ 407 ff. HGB abgeschlossen werden.

2. Treu und Glauben

a) *Transportgewerbe, Großverlader*. Im Transportgewerbe und bei Großverladern, die eigene Versandabteilungen unterhalten, ist es bekannt, daß „Spediteure“ es vorziehen, Speditionsverträge i. S. des HGB abzuschließen. Jedenfalls muß dieser Personenkreis mit dieser Erwartung des „Spediteurs“ rechnen, weil ihm die verkehrstypischen Kenntnisse unterstellt werden. Im Lichte dieser Erwartung, die nach Treu und Glauben den maßgeblichen Empfängerhorizont der „Spediteure“ prägt, müssen Auftraggeber, die sich ersichtlich als Spediteure im Sinn der ADSP verstehende Unternehmen beauftragen, grundsätzlich davon ausgehen, daß diese „Spediteure“ im Zweifel Speditionsaufträge i. S. der §§ 407 ff. HGB ausführen wollen. Umgekehrt können diese „Spediteure“ annehmen, daß Auftraggeber mit der Vergabe von Speditionsaufträgen einverstanden sind, wenn nicht klargestellt wird, daß der „Spediteur“ für den Beförderungserfolg einstehen soll.

24) S. o. Text bei Fußn. 3.

25) OLG Düsseldorf, TranspR 1986, 165; TranspR 1986, 296 (297); OLG Stuttgart, VersR 1972, 532; TranspR 1975, 729 (730); TranspR 1978, 70; OLG München, VersR 1979, 713 (714); OLG Hamburg, VersR 1984, 57; TranspR 1982, 75; 1984, 178 (179); Staub-Helm (o. Fußn. 13) m. w. Nachw.; a. A. BGH, VersR 1981, 526.

26) Basedow (o. Fußn. 2), S. 43 f.

27) S. o. bei Fußn. 2.

28) Basedow (o. Fußn. 2), S. 44 f.

29) Insb. die Möglichkeit zur Haftungsfreizeichnung (§ 1 V KVO).

30) OLG Stuttgart, VersR 1972, 532; OLG Düsseldorf, TranspR 1986, 165; Sieg, VersR 1965, 304.

31) Staub-Helm (o. Fußn. 13), Rdnr. 66 m. Nachw.

32) Basedow (o. Fußn. 2) S. 46.

Allein aus dieser Perspektive heraus erlangen die in der Rechtsprechung genannten Indizien „Spedition als Geschäftsbezeichnung“, „Bezugnahme auf ADSp“, „Ausstellung eines Borderos“, „Auftrag zur Sammelversendung“, „Nichtausstellung eines Frachtbriefs“, „kein eigener Laderaum verfügbar“ Bedeutung. Dieser Indizien wegen muß es dem Auftraggeber bekannt sein, daß er es mit einem Unternehmen zu tun hat, das sich im Zweifel nur zur Organisation des Transportes auf eigene oder fremde Rechnung verpflichten will.

Wenn Basedow³³ demgegenüber unter Hinweis auf rechtsvergleichend gewonnene Ergebnisse auf die Präferenzen der Kunden abheben will, so ist dem entgegenzuhalten, daß es Sache der ausreichend informierten Kunden ist, ihre Präferenzen deutlich zu machen. Es gilt hier der Grundsatz, daß alte, bekannte Erwartungshaltungen des Geschäftspartners so lange zu respektieren sind, bis sie durch neue ersetzt sind oder ihnen deutlich entgegengetreten wird.

b) *Sonstige Verladern.* Anders ist die Situation bei sonstigen Verladern. Ihnen ist typischerweise die Erwartungshaltung der Spediteure nicht bekannt. Sie kennen typischerweise nicht den Unterschied zwischen Spedition und Beförderung, sondern werfen, wie dies auch in § 2a ADSp geschieht, beide in einen Topf. Erst im Prozeß werden sie mit der feinen Differenzierung konfrontiert. Der Spediteur kann daher nicht erwarten, daß Aufträge, einen Transport zu besorgen, im Zweifel als Speditionsaufträge i. S. des HGB gemeint sind. Im Gegenteil hat der Spediteur zu berücksichtigen, daß, wie ihm bekannt sein muß, in weiten Kreisen der Verladerschaft Unklarheit über die Rolle herrscht, die er einnimmt³⁴. Es ist daher nach Treu und Glauben an ihm, für eine Aufklärung der Kunden über die Vertragsalternativen zu sorgen. Der Umstand, daß dies im Massengeschäft aufwendig oder in Einzelfällen inopportun ist, kann nicht dazu führen, daß er aus der verbreiteten Unkenntnis seiner Kunden Vorteile ziehen darf.

Nimmt man an, daß im Verhältnis zu Normalkunden keine Vermutung für einen Speditionsvertrag im Sinne des HGB existiert³⁵, so stellt sich die Frage, wie aus der Sicht des „Spediteurs“ Kundenerklärungen zu interpretieren sind, die nicht erkennen lassen, ob die bloße Organisation des Transportes oder der Transporterfolg gewollt ist. Relativ einfach ist die Frage in den Fällen zu beantworten, in denen die Annahme eines Speditionsvertrages typischerweise im Interesse des Spediteurs und der Kunden liegt, weil diese Art der Versendung preisgünstiger ist. Dies ist jedenfalls bei der innerdeutschen Versendung von Gütern geringen Gewichts und Umfangs im Güterfernverkehr anzunehmen³⁶. Dieses Auslegungskriterium versagt dort, wo die Auslegung als Speditionsentscheidung primär im Interesse des Spediteurs liegt. In diesen Situationen kann man der Anwendung der Dissens-Regeln nur entgehen, wenn man eine Vermutungs-Regel begründen kann. Eine Vermutung zugunsten des Spediteurs scheidet nach dem Gesagten aus, weil es Sache des Spediteurs i. S. der §§ 407 ff. HGB ist, für Klarstellung zu sorgen. Es kommt somit nur eine Vermutung zugunsten des Kunden in Betracht.

Das deutsche Recht kennt keine allgemeine Unklarheitenregel³⁷. Man kann jedoch mit dem Gesichtspunkt arbeiten, daß ein sozialethisch positiv bewertbarer Regelungsinhalt zu erschließen ist³⁸. Dabei hat man an den Umstand anzuknüpfen, daß der Kunde im Zweifel sein Bestes will, also das, was für ihn vorteilhafter ist. Davon muß auch der Spediteur ausgehen. Kann der Spediteur den Erklärungen des Kunden nicht entnehmen, welche Ziele der Kunde verfolgt, so muß der „Spediteur“ im Zweifel die aus der Sicht des Kunden günstigste Vertragsvariante als gewollt ansehen. Der „Spediteur“ wird dadurch nicht unzumutbar belastet; denn er muß anders als der Kunde wissen, daß die Erklärungen des anderen Teils wegen der Ambivalenz seines Auftretens mehrdeu-

tig sind, und er kann als Spezialist des Transportgewerbes durch entsprechende Aufklärung ohne weiteres für Eindeutigkeit sorgen. Wenn der Spediteur die Auftragsvergabe im Nebel der Ungewißheit beläßt, obwohl er allein kraft seiner Spezialistenrolle in der Lage ist, den Nebel um die Vertragsart zu beseitigen, so muß er sich entgegenhalten lassen, daß der Kunde im Zweifel die ihm, dem Kunden, günstigste Auftragsvariante will.

Gegen diese Lösung läßt sich einwenden, daß der Kunde empirisch gesehen vielfach subjektiv weder das eine noch das andere gewollt haben wird, weil er sich keine Gedanken über den Unterschied zwischen Organisation und Beförderung gemacht haben wird³⁹. Dieser das subjektive Willenselement betonende Einwand hat in der neueren Rechtsprechung wegen einer verstärkten Betonung von Treu und Glauben an Kraft verloren. So wird verbreitet dort Dissens verneint, wo die Parteien im beiderseitigen Einvernehmen mit der Durchführung des Vertrages beginnen, obwohl sie wissen, daß einzelne Punkte des Vertrages noch offen sind. Entscheidend sei, so wird gesagt⁴⁰, daß die Parteien mit der Durchführung des Vertrages signalisiert hätten, daß sie sich binden wollen. Dahinter steht der psychologisch zwar angreifbare, vom Gerechtigkeitsgehalt her jedoch einleuchtende Gedanke, daß die einverständliche Zusammenarbeit möglichst nicht nach Bereicherungsrecht rückabgewickelt werden soll⁴¹. Diesem Rechtsgedanke ist auch hier Rechnung zu tragen, indem man die grundsätzliche Einigkeit der Parteien über die Erledigung des Transportes in den Vordergrund stellt und die Frage, welche Art von Transport geschuldet sein soll, mit Hilfe einer Treu und Glauben entsprechenden Regelung löst⁴².

Der hier entwickelte Ansatz hat zur Konsequenz, daß im Zweifel ein Transportvertrag abgeschlossen wird, der typischerweise die für den Kunden günstigeren Konditionen enthält. Eine Ausnahme gilt in Fällen, in denen der Abschluß eines Speditionsvertrages für den Kunden typischerweise mit erheblich günstigeren Preisen verbunden ist oder dort, wo der Kunde hinreichend deutlich macht, daß der Auftragnehmer lediglich eine Verpflichtung zur Organisation des Transportes und nicht zur Durchführung der Beförderung eingehen soll. Genauso ist zu entscheiden, wenn der „Spediteur“ offenlegt, daß er nicht den Transporterfolg schulden will. Es genügt jedoch – wie gezeigt – nicht, daß der Spediteur lediglich klarstellt, daß er den Transport nicht selbst ausführt⁴³.

IV. Ergebnisse

1. Die derzeit gängigen Abgrenzungskriterien berücksichtigen nicht hinreichend, daß heute Geschäftsbezeichnung und Geschäftsgerebahren von Unternehmen des Transportgewerbes vielfach keinen Aufschluß darüber geben, ob der Auftragnehmer den Transport bloß organisieren soll (Spedition i. S. der §§ 407 ff. HGB) oder ob er den

33) Basedow (o. Fußn. 2) S. 53.

34) S. o. Text bei Fußn. 3.

35) Heuer, in: Der Spediteur als Frachtführer (o. Fußn. 2), S. 35, 37; a. A. OLG München, VersR 1979, 713; OLG Karlsruhe, TranspR 1983, 146 (147); OLG Düsseldorf, TranspR 1986, 296 (297); OLG Hamburg, TranspR 1984, 291; Willenberg (o. Fußn. 15), § 1 KVO Rdnr. 52 m. w. Nachw.; Sieg, VersR 1965, 305.

36) S. o. bei Fußn. 23.

37) Mayer-Maly, in: MünchKomm, 2. Aufl., § 157 Rdnr. 7.

38) Mayer-Maly (o. Fußn. 37), § 157 Rdnr. 9.

39) S. o. Text bei Fußn. 3.

40) BGH, NJW 1983, 1727 (1728); BAG, AP § 154 BGB Nr. 1; Palandt-Heinrichs, BGB, 46. Aufl., § 154 Anm. 1; Larenz, BGB AT, 6. Aufl., S. 516 m. Nachw.

41) Diesen Gedanken habe ich in meinem Referat zum Münchner CMR-Colloquium 1987 zu wenig berücksichtigt.

42) Dies war, soweit ersichtlich, auch einhellige Ansicht im Arbeitskreis V des Münchner CMR-Colloquiums.

43) S. o. Fußn. 21; a. A. wohl Schmid-Lossberg (o. Fußn. 2), S. 74.

Transporterfolg schulden soll (Frachtvertrag z. B. i. S. der §§ 425 ff. HGB, §§ 1 ff. KVO, Art. 1 ff. CMR, Art. 1 ff. WarschAbk).

2. Die Vertragsqualifikation ist zum Lotteriespiel geworden. Nebensächlichkeiten entscheiden vielfach über die Zuordnung von Verträgen zu einem der beiden Vertragstypen.

3. Eine Lösung des Problems erfordert den Verzicht auf Einheitslösungen.

4. a) Gehört der Auftraggeber zu Verkehrskreisen, die mit den Erwartungen von Spediteuren typischerweise vertraut sind, so hat der Auftraggeber nachzuweisen, daß er seinen Wunsch nach einer Erfolgshaftung des Auftragnehmers (Frachtvertrag) hinreichend deutlich gemacht hat. Es ist daher zu Lasten des Auftraggebers zu berücksichtigen, daß der Auftragnehmer die Geschäftsbezeichnung „Spedition“ führt, daß er auf die ADSp verweist, daß in der Vergangenheit vielfach Speditionsgeschäfte getätigt worden sind. Diese Umstände weisen nämlich den mit den Unterschieden zwischen Spediteur i. S. des HGB und Frachtführer Vertrauten darauf hin, daß der Auftragnehmer im Zweifel Speditionsverträge eingehen will.

b) Auftraggeber, die typischerweise den Unterschied zwischen Spediteur im Sinne des HGB und Frachtführer nicht kennen (z. B. kleinere Verlader), können sich dagegen im Zweifel darauf berufen, daß der ihnen günstigere Vertragstyp (in der Regel der Frachtvertrag) gewollt war. Der Spediteur, der einen Speditionsvertrag abschließen will, hat daher, soweit nicht wie bei der Sammelversendung die Spedition für den Kunden typischerweise günstiger ist, dem über die Feinheiten des Transportgewerbes nicht informierten Kunden deutlich zu machen, daß er sich nur zur Organisation der übernommenen Transporte verpflichten will. Das ist nicht erforderlich, wenn der Kunde von sich aus den Wunsch nach Abschluß eines Speditionsvertrages signalisiert, z. B. durch Übergabe eines Frachtbriefs, der den Spediteur als Absender ausweist oder bei dem eine Eintragung in der Spalte „Frachtführer“ fehlt.